VIII.

Beiträge zur Lehre von der Bürgschaft und dem Pfandrechte, insbesondere Beantwortung der beiden Fragen:

1) Kann ein Gläubiger zum Nachtheile eines Bürgen oder des Besitzers einer für seine Schuldforderung bestellten Hypothek andere hierfür constituirte Sicherheiten aufgeben?

2) Hat der mit der actio hypothecaria belangte dritte Besitzer des Pfandes das Recht, von dem klagenden Gläubiger, sobald er ihn gänzlich befriedigt, die Abtretung seiner Klagen ganz oder pro rata gegen sonstige Besitzer wegen derselben Forderung verpfändeter Sachen zu verlangen?

Von

Herrn Hofgerichtsrath **Knorr** in Giessen.

So praktisch auch die in der Ueberschrift aufgeworfenen beiden Fragen unter Umständen sein mögen, besonders die letztere, deren ausschließliche Bearbeitung ich mir Anfangs vorgenommen hatte, so habe ich dennoch unter der mir zu Gebote stehenden Literatur keinen einzigen Schriftsteller auffinden können, welcher sich hierüber ausführlich verbreitet hätte. Bloß die letzte Frage bejahen Glück in der Erläuterung der Pandecten Bd. XVIII. S. 345. und Sintenis in seinem Handbuch des Pfandrechtes S. 424., jedoch ohne weitere Gründe hierfür anzugeben, und mit bloßer Berufung auf eine mir nicht genügend scheinende Gesetzesstelle.

Unsere Gesetze dagegen entscheiden diese Fragen nirgends ausdrücklich, und verweisen uns also in dieser Hinsicht, ledig-

lich auf die Natur der Sache, und auf die aus anderen Gesetzen abzuleitende Analogie.

Wenn ich nun in der nachfolgenden Abhandlung die Lösung beider wenigstens nahe mit einander verwandten Fragen versuche, so geschieht dieß hauptsächlich zu dem Zwecke, um andere wissenschaftliche Untersuchungen hierüber von Seiten bewährterer Rechtslehrer, als ich bin, hervorzurufen. Nicht uninteressant wird es indessen sein, und namentlich zur besseren Verständigung des Novellenrechtes, welches so viel in der Lehre von der Bürgschaft und dem Pfandrechte zum Nachtheile des Gläubigers abändert, dienen, wenn ich zuvor den Rechtszustand vor dem Erscheinen der Novellen, und erst alsdann den nachherigen darstelle. Auch scheint es mir zweckmäßig zu sein, dasjenige, was auf den Bürgschaftsvertrag sich bezieht, von dem zu trennen, was Bezug auf den Pfandvertrag hat. Die vorliegende Abhandlung zerfällt demnach in vier Abtheilungen. In den beiden ersten werde ich hauptsächlich die hier einschlagenden Verhältnisse nach älterem Rechte zuerst hinsichtlich der Bürgschaft und sodann hinsichtlich des Pfandrechtes, in den beiden andern dagegen solche nach dem Novellenrechte einer Prüfung unterworfen. Auch sind diese beiden Fragen nicht wohl gründlich ohne Eingehung auf andere Lehren von der Bürgschaft und dem Pfandrechte zu beantworten. Aus diesem Grunde konnte ich nicht umhin, sowohl bei den beiden ersten Abtheilungen auf einige allgemeine Bemerkungen über die Natur der Bürgschaft und des Pfandrechtes im Voraus aufmerksam zu machen, als auch einige andere nicht minder praktische Streitfragen einer Erörterung zu unterwerfen.

Schließlich bemerke ich noch, daß alles dasjenige, was ich von den Bürgen bemerkt habe, auch auf die übrigen Intercedenten z. B. mandatores, und constituentes Anwendung findet. —

I.

1) Der freien Willkühr des Gläubigers ist es überlassen, ob er wegen seiner Forderung zuerst den Hauptschuldner, den

oder die Bürgen, oder wen von Letzteren zuerst ausklagen will.

Fr. 51. §. 3. D. de fideiuss. et mand. (46. 1.) c. 2. 3. 5. 17. 18. 20. 21. 23. 28. C. eod. tit. (8. 41.)

2) Dieses Wahlrecht des Gläubigers wird auch dadurch nicht aufgehoben, daß dieser bereits gegen eine der vorhin genannten Personen eine Klage angestellt hat, wobei es sich jedoch für den Fall, in welchem der Gläubiger von dem Schuldner oder Bürgen schon einen Theil der Schuld erhalten hat, von selbst versteht, daß ihm nur ein Klagerecht auf den Rest zugestanden werden kann.

Fr. 13. D. h. t. c. 5. 23. 28. Co. h. t.

Auch muß der Gläubiger bei seiner Klage gegen die übrigen Schuldner oder Bürgen sich dasjenige anrechnen lassen, was er von den übrigen Bürgen oder Schuldnern zur bloßen Abwendung der Klage gegen sie erhalten hat.

Fr. 15. §. 1. D. h. t.

3) Zahlt indessen der Bürge dem Gläubiger seine Forderung ganz oder zum Theil, so steht ihm in den Fällen, in welchen dieses möglich ist, die Mandatsklage gegen den Schuldner und zugleich, welches aber auch auf andere Fälle der Bürgschaft Anwendung leidet, das Recht zu, von dem Gläubiger die Cession der Klage gegen den Hauptschuldner zu verlangen

Er. 56. §. 1. D. mand. (17. 1.) fr. 13. 17. 18. 36. 45. 69. D. h. t. c. 2. 14. C. h. t.

Nach dem cit. fr. 36. ist sogar nach geschehener Auszahlung eine Cession des Gläubigers statthaft, weil hier unterstellt werden muß, der Bürge habe eher einen Kauf der Forderung, als eine Bezahlung der Schuld beabsichtigt. Es ist indessen in diesem von den Gesetzen entschiedenen Falle ein ähnlicher Fall wie der in fr. 76. D. de solut. (46. 3.) erwähnte zu subsumiren, in welchem nämlich schon vor der Auszahlung die Abtretung der Klage bedungen worden war [1].

1) Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Auflage S. 445 ff.

4) War dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung vom Hauptschuldner ein Pfandrecht constituirt, so bezog sich dieses, in Ermangelung einer anderen Verabredung, bloß auf das Verhältniß des Hauptgläubigers zum Hauptschuldner, und keineswegs auf das des Bürgen zum letzteren. Zahlte daher der Bürge dem Gläubiger seine Forderung in dem Falle aus, in welchem er aus dieser Zahlung die Mandatsklage gegen den Hauptschuldner erwarb, so war für diese neue Schuld des letzteren an den Bürgen kein Pfandrecht bestellt. In der Regel muß indessen vorausgesetzt werden, daß der Bürge nur mit Beziehung auf das dem Hauptgläubiger von Hauptschuldner bestellte Pfand die Bürgschaft geleistet habe, und aus diesem Grunde muß man daher auch dem zahlenden Bürgen gegen den Hauptgläubiger ein Recht auf Cession der Pfandklage zugestehen, was auch die unten citirten Gesetzesstellen ausdrücklich bestätigen

c. 2. 14. 21. C. h. t.

Die c. 14. cit. spricht sogar von der gegen den dritten Besitzer anzustellenden Pfandklage.

Anders würde sich freilich die Sache gestalten, wenn die Bürgschaft außer allem Bezuge zu dem bestellten Pfandrechte gestanden hätte, welches wohl alsdann der Fall war, wenn erst nach geleisteter Bürgschaft der Hauptgläubiger zu seiner größeren Sicherheit ein Pfand sich bestellen ließ. Das Ereigniß, gewöhnlich ein Vertrag, welchem dieses Pfandrecht sein Dasein verdankte, war für den Bürgen eine res inter alios acta, aus welcher er eben so wenig Rechte erwerben, als ihm hierdurch eine Verbindlichkeit auferlegt werden konnte. Die oben citirten Constitutionen sprechen zwar ganz allgemein von dem Rechte des Bürgen, sich die Pfandklage vom Hauptgläubiger abtreten zu lassen, allein dennoch sind sie, meiner Ansicht nach, auf den zwar in der Regel vorkommenden Fall zu beschränken, in welchem die Bürgschaft mit Beziehung auf das constituirte Pfand geleistet worden war. Einestheils nämlich geht aus der ganzen Fassung der citirten Stellen hervor, daß sie nur Anwendungen des bestehenden Rechtes

waren, und durch sie nicht im mindesten eine Abänderung hieran, geschweige denn an dem so häufig anerkannten Rechtsatze bezweckten, daß Niemand aus einem zwischen Dritten abgeschlossenem Rechtsgeschäfte Rechte erwerben könne. Andern Theils ist nicht zu übersehen, daß die citirten Gesetzesstellen blos Rescripte sind, durch welche ein einzeln vorgelegener Fall entschieden wird. Nach bekannten hermeneutischen Regeln [2]) werden dergleichen Rescripte, wenn sie überhaupt mit dem sonst bestehenden Rechte in Einklang zu setzen sind, unerachtet ihrer allgemeinen Fassung, doch nur auf die Fälle angewendet, in welchen eine solche Uebereinstimmung mit dem bestehenden Rechte ersichtlich ist. Diese beschränkende Auslegung läßt sich in dem vorliegenden Falle um so mehr rechtfertigen, als nur höchst ausnahmsweise für eine Forderung ein Pfand bestellt wird, welches der Bürge bei der Bürgschaftsleistung nicht berücksichtigt hat, die andern Fälle dagegen, welche meiner Ansicht nach die citirten Constitutionen allein vor Augen gehabt haben, die bei weitem häufigsten sind. Einer ganz allgemeinen ausdehnenden Auslegung der cit. Constitutionen steht auch der Umstand im Wege, daß in diesem Falle der Gläubiger, welcher nach erfolgter Bürgschaftsleistung sich von seinem Hauptschuldner, blos in der Absicht, sich eine größere Sicherheit zu verschaffen, noch ein Pfand bestellen läßt, in manchen Fällen zum Vortheil des Bürgen, mit dem er hierüber gar nicht contrahirt hat, Rechte einbüßt, die ihm sonst gegen den Schuldner zugestanden hätten. Ist ihm dieser nämlich noch wegen anderen Forderungen verhaftet, so kann er bei Beitreibung derselben das ganze Vermögen des Schuldners, einschließlich des Pfandes, angreifen. Wird er aber gezwungen, die Pfandklage wegen des später bestellten Pfandes dem Bürgen abzutreten, so muß er hinsichtlich dieses Pfandes dem Bürgen nachstehen. Blos für den Fall, daß auch der Gläubiger dasselbe Pfand sich zur

---

2) Thibaut, logische Auslegung 2. Auflage. Th. 2. §. 38. und civilistische Abhandlungen S. 86.

Sicherheit seiner anderen Forderungen hat bestellen lassen, enthält die c. 2. cit. ausdrücklich eine Ausnahme hiervon, indem es am Schlusse derselben heißt:

„Sed cum alia quoque causa eadem pignora vel hy-
„pothecas habet obligatas, non prius compellendus est
„transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur.“

Nach den oben erwähnten hermeneutischen Regeln können hier nur solche andere Pfandrechte des Gläubigers verstanden sein, welche dem Pfandrechte hinsichtlich der Forderung, für welche zugleich eine Bürgschaft stattgefunden hat, nicht nachstehen. Ertheilt man nämlich dem Bürgen das Recht, sich die Pfandklage vom Gläubiger abtreten zu lassen, so versteht es sich von selbst, daß er hierdurch nur das Pfandrecht erhält, welches zur Sicherheit der Forderung bestellt war, für die er sich verbürgt hatte. Standen dagegen dem Gläubiger noch wegen anderer Forderungen an den Hauptschuldner ältere oder vorgehende Pfandrechte an der verpfändeten Sache zu, so mußte das dem Bürgen durch die Bezahlung der Schuld erworbene Pfandrecht diesen andern Pfandrechten nachstehen, und er konnte nur, wie es in der cit. Constitution heißt, ganz, wie dies sonst bei den nachstehenden Pfandgläubigern bestimmt ist, sich durch die Bezahlung sämmtlicher Pfandschulden die freie Disposition über das Pfand verschaffen.

Anders verhält sich dagegen die Sache, wenn das andere Pfandrecht des Gläubigers dem mit der Forderung, für welche Bürgschaft geleistet worden ist, verknüpften Pfandrechte nachsteht, denn hier überwindet das letztere das erstere. Wollte man dennoch dem Gläubiger gestatten, sich durch spätere Erwerbungen von Pfandrechten an der bereis verpfändeten Sache der Cession der Pfandklage so lange zu entziehen, bis der Bürge auch die anderen Forderungen bezahlt habe, wofür diese späteren Pfandrechte bestellt wurden; so würde dies abermals einen argen Verstoß geben die oben von mir erwähnte Rechtsregel bilden, daß Verträge nur die paciscirenden Theile binden, und hieraus weder Verpflichtun-

gen nach Berechtigungen Dritter entspringen können. Ja unter Umständen könnte hier der Gläubiger das wohlbegründete Recht des Bürgen auf Cession der Pfandklage ganz nach seiner Willkühr vernichten, wenn er sich entweder spätere Pfandrechte an der bereits verpfändeten Sache bestellen ließe, oder, solche durch Abpfändung dieser Sache wegen seiner übrigen Forderungen erwürbe [3]).

5) Ein gleiches Verhältniß, wie ad 4. bemerkt, fand Statt, wenn mehrere Bürgen für eine Forderung bestellt waren. Hier konnte auch der zahlende Bürge vom Gläubiger die Cession der Klagen gegen die übrigen Bürgen verlangen.

Fr. 17. 36. 39. 41. §. 1. D. h. t.

Einer Annahme, daß nach dem früher bereits erläuterten fr. 37. die Cession der Klage schon sich von selbst verstehe, steht hier außer dem ad 4. bemerkten noch der Inhalt des fr. 39. cit. bestimmt entgegen. Der Grund, aus welchem dem Bürgen das Recht, die Klageabtretung gegen die übrigen Bürgen zu verlangen, zusteht, ist auch hier derselbe wie ad 4., weshalb dem Bürgen, welcher nicht mit Rücksicht auf die andern Bürgen Bürgschaft geleistet hat, namentlich in Beziehung auf die nach seiner Bürgschaftsleistung hinzugekommenen Bürgen, kein Anspruch auf Abtretung der deßfallsigen Klagen gegen diese Bürgen zusteht.

6) Waren mehrere Bürgen für eine Forderung vorhanden, so haftete jeder für das Ganze.

§. 4. I. de fideiuss. et mand. (3. 20.) fr. 26. 48. D. h. t. c. 1. 3. f. 9. C. h. t.

7) Die epistola D. Hadriani gab indessen mehreren Bürgen das Recht, im Wege einer exceptio eine gleiche Theilung ihrer Obligation unter den zur Zeit der Litiscontestation zahlungsfähigen Bürgen zu verlangen.

3) Auch die Glosse ad C. 2. cit. ist dieser Ansicht, und bezieht sich deshalb unter andern auf fr. 12. §. 5. D. qui pot. in pign. (20. 4.), dessen Bestimmung allerdings hier analoge Anwendung finden muß.

§. 4. I. h. t. fr. 10. pr. 26. 27. 48. §. 1. 49. §. 1. 51. pr. §. 1., 4. u. 5. 52. §. 1. D. h. t. c. 3. 10. 16. C. h. t.

Diese Bestimmungen der epistola D. Hadriani sind auch nicht durch die Verordnung Justinian's in c. 28. C. h. t., nach welcher der Gläubiger sein Recht gegen die übrigen Bürgen weder durch die Litiscontestation mit dem einen, noch durch dessen Verurtheilung, sondern nur durch die wirkliche Befriedigung von Seiten desselben verlieren soll, aufgehoben worden. Sieht man auch von dem von v. Schröter [4]), ganz richtig hierfür angeführten Grunde ab, nach welchem ein Widerspruch dieser c. 28. mit den vielen andern sogar noch theilweise in demselben Titel enthaltenen Gesetzesstellen nicht zu vermuthen steht, so spricht hierfür noch der gewichtige Gegenstand, daß die Wohlthat der epistola D. Hadriani nicht ipso iure eintritt, sondern nur alsdann, wenn der belangte Bürge diese Wohlthat im Wege einer exceptio in Anspruch nimmt, die cit. c. 28. dagegen nur von den Klagen gegen den Bürgen, nicht aber von den diesem hiergegen zustehenden Einreden redet.

8) Diese exceptio ex epistola D. Hadriani steht auch dem Mitbürgen zu, sobald er von einem Mitbürgen belangt wird, welcher sich die Klagen gegen die Mitbürgen vom Hauptgläubiger hat abtreten lassen, und alsdann muß der Antheil des klagenden Mitbürgen mit eingerechnet werden. So sehr dieser Grundsatz aus der Natur der Sache folgt, indem der klagende Bürge nur eine Cession der dem Hauptgläubiger zustehenden Klage erlangt hat, gegen welche die genannte Einrede zulässig war, so findet er dennoch eine ausdrückliche gesetzliche Sanction in c. 3. C. h. t.

9) Hat indessen ein Bürge oder Mitbürge, ohne sich die Klagen vom Hauptschuldner cediren zu lassen, und ohne von der exceptio ex ep. D. H. Gebrauch zu machen, die Schuld gezahlt, so ist hierdurch die ganze Schuld getilgt, und es steht

4) in der Zeitschrift f. C. u. P. Bd. VI. S, 437.

ihm mithin gegen den Hauptschuldner oder den Mitbürgen die Klage des Hauptgläubigers auf Zahlung der Schuld oder eines Theils derselben nicht zu.

Fr. 39. 49. §. 1. D. h. t.

Er muß sich vielmehr in den geeigneten Fällen mit der ad 3. erörterten Auftragsklage gegen den Hauptschuldner begnügen.

10) Alles dasjenige, was ich bisher erörtert habe, gilt nur von dem gewöhnlichen Falle der Bürgschaft. Es ist nämlich, wie überall bei Verträgen, hier der freien Willkühr der Paciscenten überlassen, beliebige Aenderungen bei dem Bürgschaftsvertrage eintreten zu lassen. Si enim sagt die ad 27. erörterte c. 28. am Schlusse pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari aspicimus; quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacunque causa possit ius creditoris mutilare?

Beispiele von andern Verabredungen enthalten die fr. 16. §. 6. 41. pr. 52. pr. 63. D. h. t. und die c. 5. 17. 19. C. h. t. Die cit. fr. 41. pr., c. 5. und 19. sprechen namentlich die Zulässigkeit einer Verabredung aus, nach welcher vor den Bürgen zuerst der Hauptschuldner belangt werden soll.

Berücksichtigt man nun meine bisherigen Ausführungen, besonders die ad 3. und 4., nach welchen dem Bürgen nur in dem Falle das Recht zusteht, von dem Gläubiger die Abtretung der Pfandklage und die Klage gegen den Mitbürgen zu verlangen, wenn mit Rücksicht auf diese Sicherheiten die Bürgschaft vom zahlenden Bürgen geleistet worden ist; so ergiebt sich hieraus die Folge, daß auch nur in diesem Falle der Gläubiger durch Verzicht auf diese Sicherheiten sich dem Bürgen verantwortlich macht, weil er nämlich hierdurch dem Bürgen das ihm sonst vertragsmäßig zustehende Recht vernichtet, von der Abtretung der Pfandklage oder der Klagen gegen die Mitbürgen Nutzen zu ziehen. Blos der Unzweifelhaftigkeit der von mir gezogenen Folgerung ist es zuzuschreiben, daß die Gesetze, wenigst meines Wissens, nirgends

ausdrücklich in dem benannten Falle den Gläubiger wegen eines Verzichtes auf die für seine Forderung bestellten Sicherheiten zum Nachtheil des Bürgen verantwortlich machen. Dagegen finden sich hierin viele Fälle entschieden, welche analog auf den vorliegenden anzuwenden sind. So verordnet c. 7. h. t., daß der Auftraggeber, welcher den Auftrag zum Darleihen gegen Pfänder ertheilt habe, nicht in Anspruch genommen werden könne, wenn das Darlehn ohne Pfänder verabreicht worden sei. Wird nun gleich der Grund dieser Vorschrift darein gesetzt, daß der Bedingung der Auftragertheilung nicht nachgekommen sei, so muß doch wohl auch dasselbe gelten, wenn dieser Bedingung wirklich nachgelebt worden ist, gleich nachher aber der Gläubiger sein Pfandrecht aufgegeben hat, und dieser Fall steht offenbar mit demjenigen auf einer Linie, in welcher die Bürgschaftsleistung mit Beziehung auf eine sonstige Sicherheit für die Forderung geleistet worden ist.

Ferner ist in fr. 95. §. 1. D. de solut. (46. 3.) der Fall erwähnt, daß ein Gläubiger durch seine eigene Schuld den Prozeß gegen den Hauptschuldner verloren habe, und es wird ihm deshalb keine weitere Klage gegen den Auftraggeber gestattet. Ist es aber auch nicht eigene Schuld des Gläubigers, wenn er freiwillig eine Sicherheit seiner Forderung aufgiebt, in Beziehung auf welche der Bürge die Bürgschaft geleistet hat?

Endlich enthält die c. 18. C. h. t. die Verordnung, daß der Bürge dann nicht haftbar sei, wenn der Gläubiger das Pfand zu gering verkauft habe. Um so mehr muß daher der Gläubiger haften, wenn er sein Pfandrecht sogar freiwillig ganz aufgegeben hat.

Aus der letzten Stelle darf indessen nicht geschlossen werden, daß ein Bürge durch Aufgabe einer von ihm bei der Bürgschaftsleistung berücksichtigten Sicherheit von Seiten des Gläubigers immer gänzlich befreit werde. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen haftet nämlich der Gläubiger dem Bürgen nur für den Schaden, welcher ihm durch sein vertragswidriges

Entsagen auf eine Sicherheit wirklich entstanden ist. Bedenkt man hierbei noch, daß die cit. c. 18. nur ein Decret des Kaisers auf einen ihm vorgelegten Fall enthält, worauf die ad 4. erwähnten Regeln der Auslegung Anwendung finden, so wird gewiß jeder Jurist hier nur einen solchen Fall unterstellen, in welchem der Gläubiger, wenn er bei dem Verkaufe vorsichtig verfahren hätte, seine völlige Befriedigung aus dem Erlöse des Pfandes erhalten haben würde.

II.

1) Das Pfandrecht ist wenigstens, was uns hier schon vollkommen genügt, insofern ein dingliches Recht zu nennen, als es gegen einen jeden Besitzer des Pfandes geltend gemacht werden kann [5]). In gewissen Punkten hat daher allerdings Mühlenbruch [6]) Recht, wenn er das Pand selbst als verpflichtetes Subject betrachtet.

c. 2. C. si unus ex pluribus. (8. 32.).

2) Das Pfandrecht als bloßes Accessorium einer Forderung erlischt, mit der Tilgung der Forderung für welche es bestellt wurde.

3) Das Pfandrecht ist in jeder Hinsicht untheilbar. Uns interessirt hier nur folgender von Sintenis l. c. S. 18. abgeleitete Satz:

„Wenn mehrere Sachen für eine Forderung verpfändet „sind, so wird keine von der Verpfändnng eher frei, als bis „die Forderung vollständig getilgt ist. Es besteht also an „allen im Ganzen das Pfandrecht fort, wenn auch die Forderung auf noch einen so geringen Betrag gegen den ursprünglichen herabgebracht worden ist."

---

5) Der Streit, zu welcher Classe von Rechten das Pfandrecht zu zählen sei, kümmert uns hier nicht, und ich verweise deshalb bloß auf Sintenis Handbuch des Pfandrechtes §. 1. und 2. und v. Vangerow Leitfaden zu Pandektenvorlesungen §. 363. Anm.

6) l. c. S. 15.

Durch die Verpfändung der Sache erlischt nicht die Veräußerungsbefugniß derselben von Seiten des Pfandschuldners, welcher nur durch eine ohne Einwilligung des Pfandgläubigers vorgenommene Veräußerung einer speciell verpfändeten beweglichen Sache sich eines furti im römischen Sinne schuldig macht, hierdurch indessen immer das Eigenthum an den dritten Erwerber überträgt [7].

5) Eine Ausnahme hiervon tritt alsdann ein, wenn der Verpfänder sich vom Pfandschuldner die Nichtveräußerung des Pfandes hat versprechen lassen.

Fr. 7 §. 2 D. de distr. pign. (20. 5.) [8].

6) Sind die Pfänder weder im Besitze des Pfandschuldners noch des Pfandgläubigers, so ist es der freien Willkür des letzteren überlassen, ob er seinen Schuldner auf Bezahlung seiner Forderung, oder den dritten Besitzer auf Herausgabe der Pfänder zum Zwecke ihrer Veräußerung und seiner demnächsten Befriedigung aus ihrem Erlöse, oder endlich beide zugleich belangen will.

c. ult. C. de O. et A. (4. 10.) c. 8. C. mand. (4. 35.)
c. 14. 24 C. de pign. (8. 14.)

7) Dieselbe Willkühr ist dem Gläubiger bei seiner Wahl gestattet, welches von verschiedenen Pfändern er angreifen will.

Fr. 8. D. de dist. pig. (20. 5.)

8) Verschiedene Besitzer verschiedener wegen ein und derselben Forderung verpfändeten Sachen stehen unter sich und

---

7) v. Vangerow l. c. §. 384. Anm. 1.

8) v. Vangerow l. c. §. 299. Anm. 4. So bestritten auch der Text der hier in Rede stehenden Stelle und ihre Auslegung sein mag, so erachte ich doch aus den von v. Vangerow angeführten Gründen den aufgestellten Satz für richtig. Von den wichtigen Wirkungen, die nach diesem Schriftsteller aus diesem Satze folgen sollen, ist indessen die eine, daß sich der dritte Besitzer nicht mit der except. excuss. pers. gegen die Hypothekarklage schützen könne, erst durch nov. 4. cap. 2. entstanden, war daher zu der Zeit noch nicht vorhanden, als das cil. f. als Gesetz promulgirt wurde.

zu dem Gläubiger in einem ähnlichen, jedoch nicht gleichen Verhältnisse, wie verschiedene correi debendi. Die Gleichheit besteht darin, daß die Pfänder wegen derselben Forderung haften. Dagegen findet darin eine große Verschiedenheit zwischen beiden Verhältnissen Statt, daß gegen verschiedene correi nur eine und dieselbe Forderung eingeklagt werden kann, während die gegen die dritten Pfandbesitzer im Gefolge des erworbenen accessorischen Pfandrechtes anzustellenden Klagen nur die Herausgabe der einzelnen Pfänder, mithin verschiedene Objecte bezwecken. Haben demnach auch die Gesetze in gar vielen Fällen, ohne indessen meines Wissens hierbei grade der Correalverbindlichkeit zu erwähnen, ausdrücklich ausgesprochen, oder läßt sich aus ihnen wenigstens der bündige Schluß ziehen, daß, gleich wie dieß bei verschiedenen correis debendi der Fall ist, die Bezahlung eines Pfandbesitzers die Haftbarkeit des von einem anderen besessenen Pfandes mindere, ja, wenn sie gänzlich erfolgt sei, diese Haftbarkeit vernichte, so gilt dieß doch nicht, eben wegen der von mir bemerkten Verschiedenheit der Klageobjecte, von den aus dem accessorischen Pfandvertrage entspringenden Klagen. In dem letzteren Falle erlischt zwar auch die Pfandklage, nicht aber aus dem Grunde, wie bei der Correalverbindlichkeit, sondern nur deßhalb, weil mit Wegfallen der Hauptforderung auch das Pfandrecht zu existiren aufhört. In dieser Beziehung ist mithin die Haftbarkeit der verschiedenen Besitzer mehrerer für dieselbe Forderung verpfändeten Gegenstände strenger als die der correi debendi. Läßt sich daher auch der Schluß rechtfertigen, daß in allen Fällen, wo die Gesetze die Fortdauer der Correalobligation aussprechen, analog auch eine Fortdauer der Pfandklage gegen verschiedene Besitzer der wegen einer und derselben Forderung verpfändeten Objecte ausgesprochen ist, so entbehrt doch der umgekehrte Schluß aller Begründung, daß in allen Fällen die Verbindlichkeiten der verschiedenen Pfandbesitzer modificirt oder vernichtet werden, in welchen die Gesetze von einer Modification oder Vernichtung der Correalobligation reden.

Bei der Beantwortung der in der Ueberschrift zuerst erwähnten Frage entscheidet hauptsächlich der Umstand, daß der Pfandgläubiger nur mit dem Pfandschuldner und Bürgen, keineswegs aber und ebensowenig der Bürge mit dem dritten Besitzer eines für die Forderung bestellten Pfandes in Vertragsverhältnissen stehet. Der Pfandgläubiger kann daher, ohne auf letzteren Rücksicht zu nehmen, nach älterem Rechte frei über die von ihm ausbedungenen Sicherheiten für seine Forderung verzichten, ja derselben gänzlich sich begeben. Ohnehin nicht zu berücksichtigende Billigkeitsgründe für die Beschränkung dieses Rechtes lassen sich aber um so weniger auffinden, als sehr leicht Fälle gedacht werden können, in welchen der Pfandgläubiger ein gegründetes Interesse dabei hat, gerade den dritten Besitzer des Pfandes auf Herausgabe desselben zum Zwecke dessen Veräußerung und seiner hieraus zu bewirkenden Befriedigung zuerst und ausschließlich zu belangen. A. läßt sich z. B. wegen einer Forderung an B. die sein ganzes Vermögen ausmachenden beiden Güter X und Y verpfänden, und erwirbt in der Folge noch eine weitere Forderung an B. Nachher verkauft aber dieser das Gut X an C, verschwendet den hierfür erhaltenen Kaufpreis, und der muthmaßliche Erlös aus dem Gute Y reicht kaum zur Befriedigung der zweiten nicht versicherten oder wenigstens nur mit einem nachstehenden Pfandrechte versehenen Forderung hin. Würde es indessen in diesem Falle nicht eine große Unbilligkeit enthalten, wenn man hier dem mit der Hypothekarklage angegriffenen C. eine Einrede deshalb gestatten wollte, weil der Pfandgläubiger in der Absicht, um seine zweite Forderung sicherer zu stellen, auf das Pfandrecht an dem Gute Y vertragsmäßig verzichtet oder solches nicht geltend gemacht habe?

Von secundärem Gewichte für die Beantwortung dieser Frage sind aber allerdings auch die sub 6 und 7 angeführten Grundsätze, nach welchen es, ganz gleichgültig, wer die Pfänder besitzt, in der freien Willkühr des Pfandgläubigers liegt, welches Pfand er angreifen will, denn in keinem der diese Grundsätze aussprechenden Gesetze ist die Rede von ei-

ner dem Besitzer des Pfandrechts deshalb zustehenden Einrede, daß noch andere Pfänder für diese Forderung bestellt worden sind.

Am meisten wird diese Frage alsdann von praktischer Bedeutung sein, wenn irgend Jemanden ein allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen des Pfandschuldners zusteht, besonders wenn ein solches ein privilegirtes ist, und dieser Pfandgläubiger auf das Pfandrecht an einzelnen Sachen des Pfandschuldners gänzlich entsagt, oder nur zu Gunsten anderer Gläubiger des Pfandschuldners, wie dies sehr häufig von Eheweibern als generelle Pfandgläubigerinnen ihres Ehemannes geschieht. Sind nun diesem Pfandrechte unterworfene Sachen in der Folge vom Ehemanne veräußert worden, während sein übriges Vermögen zur Deckung seiner Schulden nicht mehr hinreicht, so kann hierdurch der Erwerber dieser veräußerten Sachen allerdings durch die frühere Entsagung der Ehefrau auf die ihr an andern zum Vermögen ihres Mannes gehörenden Gegenstände in eine recht schlimme Lage kommen. In einem solchen Falle wird sich nämlich die letztere hauptsächlich an die von ihrem Ehemanne veräußerten Pfänder halten. Wenn aber gerade von der hier vorliegenden Entsagung und den hierdurch entstehenden Rechtsverhältnissen in den römischen Gesetzen so oft und ausführlich die Rede ist, so mußte doch auch wohl der Gesetzgeber auf die hierdurch möglicherweise für den dritten Pfandbesitzer entstehen könnenden Nachtheile aufmerksam gemacht werden; allein dennoch verfügte er hierüber nichts, sondern beließ es bei der allgemeinen Bestimmung, daß jedes der bestellten Pfänder ungetheilt für die ganze Forderung hafte.

Die Beantwortung der ersten Frage ist allerdings von Einfluß auf die Beantwortung der zweiten. Denn kann ich zum Nachtheile eines dritten Pfandgläubigers auf ein mir zustehendes Pfandrecht verzichten, so darf ich auch nicht gezwungen werden, ihm eine mir gegen eine andere derselben Forderung wegen verpfändete Sache resp. deren Besitzer zustehenden Klage zu cediren. In meiner Willkühr liegt es

freilich, so lange mein Pfandrecht noch an andern Sachen besteht, die mir deshalb zustehende Hypothekarklage abzutreten, allein gezwungen kann ich hierzu nach den oben angeführten allgemeinen Grundsätzen nicht werden. Ja die Cession der Pfandklage hinsichtlich einer andern mir zum Unterpfand für meine Forderung eingesetzten von einem andern dritten Besitzer besessenen Sache kann mir unter Umständen zum großen Nachtheil gereichen, z. B. wenn ich Erbe desjenigen geworden bin, welcher diese Sache vom Pfandschuldner erkauft hat. Das eben genannte Beispiel habe ich aus dem Grunde gewählt, weil die Gesetze einen ganz gleichen Fall bei der Correalobligation sehr ausführlich entscheiden. Das fr. 71. pr. D. de fidei. et mand. (46. 1.) lautet nämlich folgendermaßen:

> Granius Antonius pro Julio Pollione et Julio Rufo pecuniam mutuam accipientibus, ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator exstitit: Julii bona ad fiscum venerunt: similiter creditori fiscus successerat: mandator allegabat se liberatum iure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. Et quidem, si unus debitor fuisset, non dubitabam, ficut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse, quamvis enim iudicio convento principali debitore, mandator non liberetur; tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberatur: vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed cum duo rei promittendi sint, et alteri haeres extitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia: an persona tantum exempta confusa obligatione? Et puto, aditione haereditatis, confusione obligationis eximi personam: sed accessionis ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse: ut quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur alterum reum eiusdem pecuniae

non liberari, et per hoc nec fideiussorem, vel mandatorem eius: plane quia is mandati iudicio eligere potest, vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri, cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere. quod si creditor fideiussori haeres fuerit, vel fideiussor creditori: puto convenire, confusione obligationis non liberari reum.

Dadurch also, daß der Gläubiger einen von zwei eigentlichen Correalschuldnern beerbt, wird die Verbindlichkeit des andern, die ganze Schuld zu bezahlen, weder gänzlich, noch theilweise vernichtet. Nach meinen früheren Ausführungen ad 8 leidet aber die oben cit. Gesetzesstelle auch analoge Anwendung auf das Verhältniß zweier Pfandbesitzer zu einander und zu dem Pfandgläubiger, und sonach besitzen wir eine Gesetzesstelle, welche den von mir aus allgemeinen Grundsätzen abgeleiteten Satz noch besonders bestätigt.

Dem auf Herausgabe des Pfandes belangten Besitzer desselben bleiben natürlich seine Evictionsansprüche gegen seinen Auctor unbenommen. Aber es kann Fälle geben, in welchen diese Evictionsansprüche dem dritten Besitzer des Pfandes gar nicht zustehen, oder vielleicht keinen reellen Werth für ihn haben. Es streitet daher die Billigkeit dafür, daß man ihm ein ähnliches Recht einräumt, als dem nachstehenden Pfandgläubiger, welcher von dem iure offerendi Gebrauch machen kann. In der That ist dies auch ausdrücklich in den Gesetzen, nämlich in fr. 19. D. qui pot. in pign. (20. 4.) geschehen worin es heißt:

Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum, et liberos ex eo natos, item ex alio haeredes instituit creditor, cum posset haeredes convenire idoneos, ad fundum venit. Quaero an si ei iustus possessor offerat, compellendus sit ius nominis cedere? Respondit, posse videri non iniustum postulare.

Daß hier nur von der Abtretung der persönlichen Forderung gegen den Pfandschuldner die Rede ist, wird meines Wissens von keinem Rechtsgelehrten bezweifelt. Freilich erwirbt der dritte Besitzer eines Pfandes durch eine solche Abfindung des Pfandgläubigers auch dessen Rechte an dieser verpfändeten Sache, allein dies folgt aus anderen Gesetzen, nämlich den über das ius offerendi sich verbreitenden und dem fr. 13. D. de dist. pign. (20. 5.), welche sich hierauf analog anwenden lassen.

Für die von mir erörterte Ansicht hinsichtlich des rechtlichen Verhältnisses der dritten Pfandbesitzer zu einander spricht auch noch der Umstand, daß die eben erwähnten über das ius offerendi handelnden Stellen dem offerirenden Pfandgläubiger zwar das Pfandrecht des abgefundenen Pfandgläubigers an der Sache, wegen welcher das ius offerendi begründet war, zusprechen, jedoch von andern Pfandrechten an andern Sachen schweigen, welche vielleicht dem abgefundenen Pfandgläubiger wegen derselben Forderung zustanden.

Endlich glaube ich für meine Ansicht noch erwähnen zu müssen, daß solche den Grundsätzen einer gesunden Gesetzgebungspolitik auch vollständig entspricht. Mit vollkommenem Rechte haben die Römer bei der Lehre vom Pfandrechte, so wie bei der von der Bürgschaft, vorzüglich das Interesse des Gläubigers, welcher in der Regel vollständig gesichert sein will, vor Augen gehabt, und die deshalb abgeschlossenen Verträge mehr zu Gunsten dieses als des Schuldners ausgelegt. Sie erlauben zwar in den meisten Fällen dem Pfandschuldner, das Pfand zu veräußern, allein hierdurch kann dem Pfandgläubiger nur alsdann möglicherweise ein Nachtheil zugefügt werden, wenn dem neuen Besitzer des Pfandes das Recht eingeräumt wird, von ihm gegen Erstattung seiner Forderung die Abtretung seiner Pfandklagen hinsichtlich der sonst ihm wegen dieser Forderung verpfändeten Gegenstände zu erzwingen. Hat nämlich der Pfandgläubiger z. B. zwei Forderungen an den Pfandschuldner, wegen der einen dieser

die Güter X und Y zum Pfand erhalten, wegen der andern dagegen bloß eine Nachhypothek an dem Gute X, so kann er, so lange der Pfandschuldner noch in dem Besitze der beiden Pfänder ist, nach dem oben erwähnten 7. allgemeinen Grundsatze durch die Veräußerung des Gutes Y sich wegen seiner ersten Forderung befriedigen, und deshalb die ihm wegen seiner anderen Forderung zustehende Nachhypothek zur ersten Hypothek erheben. Eine große Ungerechtigkeit und Unbilligkeit würde es daher gewiß enthalten, wenn man es gestatten wollte, daß dieses aus Verträgen mit dem Pfandschuldner erworbene Recht des Pfandgläubigers durch einen Vertrag des ersten mit einem dritten, dessen Abschluß der Pfandgläubiger gar nicht hindern kann, beeinträchtigt werden könnte.

Auch für den dritten Besitzer läßt sich kein Billigkeitsgrund dafür anwenden, daß ihm der Pfandgläubiger eine Hypothekarklage hinsichtlich anderer Gegenstände abtrete, denn er kann aus den Verträgen des Pfandgläubigers, wodurch er sich mehr Pfänder, als zu seiner Sicherheit erforderlich war, hat bestellen lassen, für sich kein Vortheil ableiten.

Einer strengen Durchführung des Grundsatzes, daß jeder dritte Besitzer eines von mehreren für eine und dieselbe Forderung bestellten Pfänder gegen Bezahlung der Pfandschuld die Abtretung der Pfandklage gegen die übrigen Besitzer erzwingen können, würde nothwendig die Folge erzeugen, daß auch der nach erzwungener Klageabtretung vom dritten Besitzer belangte weiterer dritte Besitzer eines Pfandes ebenfalls berechtigt sein müsse, sich von jenem seine sämmtlichen Hypothekarklagen, mithin auch die wegen des von ihm besessenen Pfandes gegen Bezahlung seiner Forderung abtreten zu lassen. Hierdurch käme es also durch diese verschiedene Abtretung der Hypothekarklage dahin, daß, in Ermangelung einer gütlichen Uebereinkunft, die Sache nie zu Ende gedeihen könnte. Eine solche strenge Durchführung dieses Grundsatzes ist daher, wenigstens so viel ich weiß, noch von keinem Rechtslehrer behauptet worden.

Wohl aber lehren Glück[9]) und Sintenis[10]), daß in einem solchen Falle der dritte Besitzer die Abtretung der Klagen gegen die übrigen Pfandbesitzer, jedoch nur pro rata (wahrscheinlich ihres Werthes) verlangen könne und berufen sich, vermuthlich weil sie einsehen, daß dieser Satz den sonstigen allgemeinen Grundsätzen widerspricht, zur Rechtfertigung desselben lediglich auf fr. 50 pr. D. de censibus (50. 15.), welches also lautet:

Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum iure conveniretur, adversus caeteros, quorum aeque pradia tenentur ei, qui conventus est, actiones a fisco prastantur: scilicet ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributi conferant: nec inutiliter actiones praestantur, tametsi fiscus pecuniam suam recuperavit: quia nominum venditorum pretium acceptum videtur.

Allein meiner Ansicht nach kann die angeführte Stelle nicht das Mindeste für den daraus abgeleiteten Satz beweisen. Ich will es zwar nicht verabreden, daß hierin von einer s. g. solidarischen Verbindlichkeit die Rede ist[11]), welche indessen nicht mit der eigentlichen Correalverbindlichkeit verwechselt werden darf[12]). Letztere ist bei weitem strenger als die erstere. Habe ich nun früher schon ad 8 nachgewiesen, daß selbst die über jene geltenden Grundsätze keine unbedingte Anwendung auf das Verhältniß verschiedener Pfandbesitzer zu einander und zu dem Pfandgläubiger finden können, so gilt dieß um so mehr von der blosen solidarischen Verbindlichkeit. In dem durch das Gesetz entschiedenen Falle hatte nämlich, wie dieß auch ausdrücklich bemerkt wird, jeder der einzelnen Steuerpflichtigen einen Theil der von dem einen bezahlten Schuld zu entrichten.

---

9) Erläuterung der Pandekten Bd. XVIII. S. 344.

10) l. c. S. 424.

11) s. dagegen Glossa ad h. l.

12) v. Schröter Zeitschr. f. C. und P. S. 413. ff.

III.

Wenden wir uns nunmehr zur Beantwortung der Frage, welche Aenderungen das Novellenrecht an den ad I. erörterten Grundsätzen bewirkt hat, so kann hier nur von der Novelle 4. cap. 1. die Rede sein. Ihre Vorrede kümmert uns deßhalb nichts, weil hierin nur von einem veralteten Gesetze die Rede ist, welches wieder Gültigkeit erhalten soll. Ob dieses das vielleicht im Codex nicht vollständig wieder gegebene c. 36. de fidei. et mand. (8. 41.) oder ein anderes Gesetz war, ist daher ganz gleichgültig. Wohl aber interessirt uns der Inhalt des cap. 1. dieser Novelle, in so weit er hier von Einfluß ist.

> Si quis igitur crediderit, et fideiussorem, aut mandatorem, aut sponsorem acceperit, is non primum adversus mandatorem, aut fideiussorem, aut sponsorem accedat, neque negligens debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit. Et si quidem inde receperit, ab aliis abstineat (quid enim ei in extraneis erit a debitore completo?); si vero non valuerit a debitare recipere aut in partem, aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fideiussorem, aut sponsorem, aut mandatorem veniat, et ab illo quod reliquum est sumat.

Wenn ich auch, wie der kurze Auszug dieses cap. 1. zeigt, hier von einer Erörterung der vielen hierdurch veranlaßten Streitfragen ganz absehe, so bemerke ich blos, daß das frühere Recht durch dieses cap. blos in so fern abgeändert worden ist, als es nicht mehr in der freien Willführ des Gläubigers steht, ob er zuerst den Hauptschuldner oder Bürgen ausklagen will, er vielmehr jetzt erst den Hauptschuldner belangen muß. Hierdurch ist aber keineswegs die ad I. 10. erwähnte Bestimmung aufgehoben worden, daß es in der freien Willführ der Paciscenten liege, ein anderes Uebereinkommen zu treffen, als das Gesetz im gewöhnlichen Falle unterstellt.

Schon früher konnte ein gleicher Vertrag, als die Novelle vor Augen hat, unter den Paciscenten abgeschlossen werden, und ich habe ad I. bereits nachgezeigt, daß den ältern Gesetzen dergleichen Verträge nicht unbekannt waren.

Die Novelle 4 cap. 1. verhindert die Abschließung eines Vertrages nicht, worin der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet, und deshalb ist derselbe auch nach der Ansicht aller mir bekannten Rechtslehrer erlaubt. Da sonach die besagte Novelle nur eine Auslegung des gewöhnlichen Bürgschaftsvertrags enthält, so hat sie auf die Beantwortung der Frage, ob ein Gläubiger zum Nachtheil eines Bürgen, auf eine andere ihm wegen seiner Forderung bestellte Sicherheit verzichten kann, nicht den mindesten Einfluß, und solche muß daher nach wie vor nach den ad I. erörterten Grundsätzen beantwortet werden.

IV.

Hinsichtlich des Pfandrechtes scheint dagegen das cap. 2. der gedachten Novelle 4, welches, in so weit es uns interessirt, also lautet:

> Sed neque ad res debitorum, quae ab aliis detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores, et fideiussores, et sponsores, sicque ad res veniens principalis debitoris, sive ab alio detineantur et detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fideiussorum, et mandatorum, et sponsorum; idem est dicere, vel si quosdam habuerint homines ipsis sibimet obligatos, et qui hypothecariis actionibus sibi teneri possint. Contra principales tamen et exsistentes apud eos res (sive personalibus, sive hypothecariis mox, sive ambabus uti voluerit) omnem ei damus licentiam, quae dudum a nobis dicta est, et viam et ordinem in aliis personis casibusque sancitam, praedictam a nobis rationem et ordinem in reliquis quoque personis et casibus lege constituentes.

wesentlichere Abänderungen zu enthalten. Hiernach soll der Pfandgläubiger, ehe er zuvor den Hauptschuldner und den Bürgen vergeblich ausgeklagt hat, nicht berechtigt sein, den dritten Besitzer des Pfandes zu belangen. Ehe ich aber zur näheren Untersuchung der hierdurch bewirkten Abänderungen eingehe, sei es mir vorher vergönnt, zuvor eine andere Frage näher zu beleuchten.

v. Löhr [13]) behauptet, daß diese Bestimmungen gänzlich oder doch wenigstens theilweise, insoweit von einem speciellen Pfande die Rede sei, durch Novelle 99. cap. 1. [14]) aufgehoben worden seien. So scharfsinnig sich auch die Gründe für diese Ansicht darstellen, so habe ich mich dennoch hiervon nicht vollständig überzeugen können.

Die meisten Schriftsteller [15]) nehmen an, in der vorliegenden Novelle sei nur die Rede von solchen Hypotheken, wegen welcher der Auctor des dritten Besitzers bereits mit der Hypothekarklage belangt worden sei, und diese Ansicht hat wenigstens das für sich, daß im Grunde nur in diesem Falle Zweifel aufgeworfen werden konnten, ob eine solche Hypothek zu den streitigen Sachen zu rechnen sei. Die Worte des Gesetzes enthalten indessen nichts von dieser Beschränkung und deshalb, so wie aus den von v. Löhr weiter hierfür angeführten Gründen stimme ich seiner Ansicht bei, daß in der gedachten Novelle von allen Hypotheken gehandelt wird. Sodann stellt dieser Schriftsteller an die Spitze seiner desfallsigen Ausführung, daß schon nach älterem Rechte der Pfandschuldner ein furtum begehe, wenn er eine speciell verpfändete bewegliche Sache verkaufe, und ein Stellionat, wenn er ohne Wissen des Erwerbers oder des zweiten Pfandgläubigers ein speciell verpfändetes unbewegliches Gut gänzlich veräußere oder weiter verpfände. So bestimmt dies auch

13) in diesem Archiv Bd. XXVI. S. 5. ff.

14) abgedruckt l. c. S. 8. und 9.

15) Glück l. c. S. 372—374. ibique not. 33. cit. Sintenis l. c. S. 569.

die von ihm deshalb angeführten Gesetze besagen, so erwarb dennoch durch diese Veräußerung der dritte Erwerber das volle Eigenthum, wie ad II. 4. bemerkt worden ist. Zum Begriffe der hier erwähnten Verbrechen gehört ferner auch der animus, diese Verbrechen begehen zu wollen. Dieser animus ist aber alsdann nicht vorhanden, wenn der Pfandschuldner von dem Erlöse der Pfänder den früheren Pfandgläubiger befriedigt. Bedürfte dieser Satz noch eines weiteren Beweises, so würde derselbe aus dem Inhalte des von v. Löhr selbst citirten fr. 36. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.) folgen. Hierin wird nämlich der Fall abgehandelt, in welchem ein Pfandschuldner eine Sache von großem Werthe, die wegen einer geringen Forderung einem andern verpfändet ist, einem Dritten, ohne der ersten Verpfändung zu erwähnen, für eine solche Summe weiter verpfändet, wofür sie ohne allen Anstand auch mit Hinzurechnung der ersten Schuld vollkommen haftbar erscheint. Hier soll nämlich, wie das cit. fr. besagt, unter keinen Umständen das Verbrechen des Stellionats begründet sein.

Wenden wir uns nunmehr zur Auslegung des cap. 1. der Novelle 112., so dürfte auch der also lautende Inhalt ihrer Vorrede nicht ohne alles Interesse sein.

> Multa quidem de litigiosis tam antiqua legislatorum prudentia, quam imperialis dispositio promulgavit, sed in praesenti quidam iudices a nostra clementia petierunt, ut dubietatem discernamus, quas adhuc pro huiusmodi causis in iudiciis commovetur, et leges, nec non constitutiones super bis positas apertius explanemus, ut iam manifestissimum sit, quas res vocari litigiosas oporteat.

Hieraus geht nämlich hervor, daß die Richter der damaligen Zeit über den Begriff einer streitigen Sache nach den bestehenden Gesetzen zweifelhaft waren, und aus diesem Grunde mehrere derselben den Kaiser um eine deutliche Erklärung der hierüber erlassenen Gesetze und Constitutionen gebeten hatten, welcher Bitte derselbe durch Erlas-

sung der Novelle 112. entsprach. Der ganze Inhalt des sich hierüber verbreitenden cap. 1. ist daher mehr als eine authentische Interpretation der bestehenden Gesetze, als ein dieselbe abändernden Gesetz zu betrachten. Hieran ändert es auch nichts, daß öfters der Kaiser in dem besagten cap. 1. sich solcher Worte bedient, welche bei Erlassung ganz neuer Gesetze gebraucht zu werden pflegen. Ganz deutlich erhellt dies aus der ersten Bestimmung das cap., nach welcher alle Sachen als streitig betrachtet werden, über deren Eigenthum oder Besitz ein Rechtsstreit besteht. Dieß ist doch gewiß ein offenbar in älteren Rechten schon enthaltener Rechtssatz, und dennoch bedient sich Justinian bei Aufstellung desselben des Ausdruckes „sancimus."

Kann demnach eine Absicht Justinian's, an den älteren Bestimmungen über den Begriff einer res litigiosa eine Aenderung vorzunehmen, nicht wohl angenommen werden, so ist dies noch mehr der Fall bei solchen Bestimmungen, welche auf die res litigiosa sich gar nicht beziehen, jedoch des Zusammenhangs wegen, zufällig in dem cit. cap. 1. erwähnt werden. Was namentlich hierin über die Hypotheken bemerkt wird, scheint mir vollständig mit dem Inhalte der ältern Gesetze zu harmoniren.

Wenn er hier mit der Verordnung beginnt, daß Hypotheken nicht zu den streitigen Sachen zu zählen sind, so wird eine richtige Interpretation der hierüber sprechenden älteren Gesetze wohl zu demselben Resultate führen. Eine Aehnlichkeit beider Sachen, nämlich der streitigen und der Hypotheken, bestand nur in so fern, als auch die Veräußerung der Hypotheken dem Pfandschuldner nicht unbedingt gestattet war, und er sich, obgleich die vorgenommene Veräußerung an sich gültig war, deßhalb unter Umständen sowohl dem Pfandgläubiger als dem neuen Erwerber verantwortlich machte, ja sogar hierdurch das Verbrechen des Diebstahls und Stellionats begehen konnte. Diese freilich etwas entfernte Aehnlichkeit der Hypotheken mit den streitigen Sachen mag denn auch vielleicht bei einem oder dem andern der in der Vorrede

benannten Richter Zweifel darüber erregt haben, ob die Hypotheken nicht auch zu den streitigen Sachen zu rechnen seien. Sehr wahrscheinlich wird dieß daraus, daß Justinian gleich darauf von der Veräußerung der Hypotheken redet, jedoch nur in so weit, als es zur Begründung seiner Verordnung oder vielmehr Entscheidung ihm erforderlich schien.

Die in dieser Hinsicht zuerst erlassene Vorschrift, jeder Schuldner dürfe eine speciell zur Hypothek eingesetzte Sache veräußern, wenn er mit dem Preise derselben die Pfandschuld gänzlich tilge, rechtfertigt sich indessen vollständig aus dem Inhalte der älteren Gesetze, und namentlich wird hiernach in einem solchen Falle weder von einem furtum noch Stellionat die Rede gewesen sein.

Eine gleiche Bewandtniß hat es mit der hierauf folgenden Bestimmung, vermöge welcher dem Pfandgläubiger, wenn ihn der Pfandschuldner aus dem Erlöse des Pfandes nicht befriedigt, das Recht zustehen soll, das Pfand zu vindiciren.

Die Wiederholung dieser schon im ältern Recht enthaltenen Vorschrift war hier um so nothwendiger, weil sich gerade hieraus die Verschiedenheit der aus dem Verbote der Veräußerung einer streitigen Sache und der einer Hypothek folgenden Wirkung erkennen läßt. Dadurch aber, daß der Kaiser bei Gestattung der Vindication der nach älterem Rechte hierzu erforderlichen Voraussetzungen oder resp. der hiergegen gestatteten Einreden nicht gedenkt, läßt sich nach bekannten hermeneutischen Grundsätzen um so weniger eine Aufhebung der deßhalb bestandenen Bestimmungen rechtfertigen, als bloß der ausgesprochene Grundsatz, nicht aber dessen nähere Modificationen, bei Entscheidung der hier vorgelegenen Streitfrage, ob die Hypotheken zu den streitigen Sachen zu rechnen seien, von Einfluß erschienen. Hätte es in der Absicht Justinians gelegen, hierdurch seine eigene erst sechs Jahre zuvor gegebene Verordnung, worin er dem dritten Besitzer die Einrede der Vorausklage gestattete, aufzu-

heben, so würde er sich wahrlich, seiner gewohnten Art nach, nicht auf die Paar in dieser Hinsicht in der Novelle enthaltenen Worte beschränkt haben.

Die Novelle spricht ferner nur von der Vindication einer Spezialhypothek, kann deßhalb auch, wenn ihr der von von Löhr unterstellte Sinn beigelegt wird, nach den über correctorische Gesetze geltender Auslegungsregeln, nicht auf generelle Hypotheken bezogen werden, wie dieß auch der von dem genannten Schriftsteller angeführte Conradi dem Titel nach anzuerkennen scheint, während v. Löhr selbst nur einige Zweifel über die Ausdehnung dieses Gesetzes auf die Generalhypotheken hegt. In der hier zur Sprache gekommenen Beziehung ist mir aber kein Grund der Verschiedenheit der Special- und Generalhypotheken ersichtlich, und Justinian würde daher gewiß, wenn er die von v. Löhr bemerkte Abänderung des cap. 2. der 4ten Novelle beabsichtigt hätte, solche auch auf die Generalhypothek ausgedehnt haben.

Wenn endlich v. Löhr die Wörter „multo magis“ an der Stelle, wo von Generalhypotheken die Rede ist, mit der Ansicht derjenigen Rechtslehrer nicht vereinbarlich erachtet, nach denen die Novelle nur von solchen Hypotheken sprechen soll, die zuvor gegen den Autor des dritten Besitzers eingeklagt worden sind, so habe ich schon früher angedeutet, wie ich hiermit vollkommen einverstanden bin. Aber auch für seine Ansicht scheinen mir diese Worte nicht recht zu passen. Hat nämlich kurz zuvor in derselben Verordnung Justinian die Veräußerung der Specialhypotheken unbedingt erlaubt, so standen sie ganz auf einer Linie mit den Generalhypotheken, und die bei letztern gebrauchten Worte „multo magis“ sind daher nicht ganz an ihrem Orte. Anders verhält es sich aber bei der von mir vertheidigten Ansicht. Bestehen nämlich die früheren Verbote wegen Veräußerung eines Specialpfandes noch fort, wodurch indessen die Veräußerung nicht ungültig wird, während die Veräußerung eines zu einer Generalhypothek gehörenden Pfandes unter allen Umständen er-

laubt ist, so finden die Wörter „multo magis“ ihre volle Bedeutung [16]).

Kehren wir nunmehr zur Nov. 4. cap. 2. zurück, und betrachten die hierin enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen aus dem Gesichtspuncte der Gesetzgebungspolitik, so kann ich die Ansicht derjenigen Rechtslehrer nicht theilen, welche sie als das Product der größten gesetzgeberischen Klugheit darstellen. Mir scheinen sie sogar, wie überhaupt auch die aus caput 1. resultirenden, den Gründen einer gesunden Gesetzgebungspolitik zu widerstreiten. Creditirt ein Gläubiger seinem Schuldner eine Forderung, und läßt sich von diesem Sicherheit hierfür bestellen, so ist, wie dieß auch früher schon bemerkt wurde, bei ihm, der hier doch wohl meistens in der Lage sein wird, die nähere Bedingung dieser Sicherheit vorzuschreiben, die Absicht zu unterstellen, so viel wie möglich hinsichtlich seiner Forderung und zwar in der Art gesichert zu sein, daß er, wenn seine Forderung fällig wird, schnell zu seiner Befriedigung gelangt. Mit Recht haben daher die älteren Gesetze, wie dieß früher auch schon bemerkt wurde, den gewöhnlichen Pfand- und Bürgschaftsvertrag immer zu Gunsten des Gläubigers ausgelegt, denn wollen ihm der Hauptschuldner oder der Bürge die in der Regel vermuthete Sicherheit nicht leisten, so liegt es ihnen ob, dieß vor Abschluß des Pfand- oder Bürgschaftsvertrages zu bemerken, und hierdurch für den Fall, daß der Gläubiger diese Modificationen sich gefallen läßt, ihre Aufnahme in die betreffenden Verträge zu bewirken. Die in der Novelle 4. enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen widerstreiten aber offenbar den hier erörterten Grundsätzen. Lassen sie sich vielleicht auch hinsichtlich des dem Bürgen verliehenen Rechtes, zuvor die Ausklagung des Hauptschuldners zu verlangen, einiger Maßen aus dem Grunde rechtfertigen, weil bei ihm die Absicht,

---

16) v. Vangerow l. c. §. 389. Anm. 2. sub b., welcher ganz die von mir geschehene Auslegung der nov. 112. cap. 1. zu billigen scheint.

sich so wenig als möglich zu verpflichten unterstellt werden kann, so gilt dieses doch nicht von dem dritten Besitzer eines Pfandes, welchem, obgleich er mit dem Pfandgläubiger und Bürgen nicht in Vertragsverhältnissen steht, dasselbe Recht und zwar, im Widerspruche mit dem hierfür oben zu Gunsten des Bürgen angeführten Grunde, erfolgten Erweiterung eingeräumt worden ist, daß der Gläubiger auch zuvor den zur Sicherheit der Forderung bestellten Bürgen ausklagen muß. Wie sehr aber durch diese gesetzliche Bestimmung wenigstens der jeden Falls zu vermuthenden Absicht des Gläubigers, so bald als möglich zu seiner Befriedigung zu gelangen, entgegen gearbeitet worden ist, leuchtet zu sehr ein, um einer weitern Ausführung zu bedürfen.

Man wende mir hiergegen nicht ein, durch diese Vorschriften würde der Vervielfältigung der Processe vorgebeugt, weil den verklagten Bürgen und dritten Pfandbesitzern die geeigneten Klagen gegen den Hauptschuldner zuständen, solche indessen öfters durch vorherige Ausklagung des Hauptschuldners wegfielen. Vor allen Dingen kann dieser bloß politische Grund dem vorher von mir erörterten Rechtsgrunde nicht die Wagschale halten.

Sodann gewinnt jener Grund nur alsdann eine Bedeutung, wenn hierdurch wirklich der Proceßsucht Schranken gesetzt werden, allein ein nur flüchtiger Blick in die Praxis wird wahrnehmen, daß gerade die Gestattung der Einrede der Vorausklage die Quelle vieler weitläufigen und verwickelten Processe abgibt. So lange über die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners keine Zweifel bestehen, erscheint es in der hier in Rede stehenden Beziehung ganz gleichgültig, ob man dem dritten Besitzer des Pfandes die Einrede der Vorausklage einräumt oder nicht. In letzterem Falle wird gewiß der Pfandgläubiger, wenn er das von ihm behauptete Pfandrecht nicht sofort klar zu machen im Stande ist, sich gewiß zuerst an den Hauptschuldner halten. Liegt dieses Pfandrecht aber auch klar vor, so kann es nur alsdann im Interesse des Pfandgläubigers liegen, den dritten Besitzer des

Pfandes zuerst auszuklagen, wenn er aus der Veräußerung des von ihm besessenen Pfandes voraussichtlich seine vollkommene Befriedigung erhält. In diesem Falle wird aber gewiß jeder vorsichtige dritte Besitzer, ohne die Anstellung der Pfandklage abzuwarten, den Pfandgläubiger befriedigen, und, sei es mit der abgetreten erhaltenen, oder der ihm zustehenden Evictionsklage, den zahlungsfähigen Pfandschuldner belangen.

Also bloß in dem Falle kann die Einrede der Vorausklage dem dritten Besitzer eines Pfandes doch einen reellen, jedoch nur precären Werth zum Nachtheile des Pfandgläubigers gewähren, welcher gar nicht im Stande war, die Erwerbungen von Seiten des dritten Besitzers zu hindern, während dieser in der Regel sich nicht ohne alle Schuld befindet, indem er nämlich entweder wissentlich eine verpfändete Sache erwarb oder sich vor ihrer Erwerbung über ihr Verhältniß nicht genau erkundigt hatte. Der schuldlose Pfandgläubiger soll also statt des in der Regel schuldvollen dritten Besitzers des Pfandes das unter Umständen mit vielen Kosten und Verzögerung verknüpfte Executionsverfahren gegen die Pfandschuldner durchfechten. Und was gewinnt hierdurch der dritte Besitzer des Pfandes, in so fern der Pfandgläubiger nicht oder nicht vollständig befriedigt wird? In der Regel blos eine s. g. Galgenfrist, welche er sich noch dadurch verlängern kann, daß er der demnächst gegen ihn anzustellenden Pfandklage die Einrede entgegnet, der Pfandgläubiger habe nicht mit der gehörigen Sorgfalt den Pfandschuldner ausgeklagt, und nur in dem Falle, wenn der Gläubiger sich in dieser Hinsicht nicht vollständig zu rechtfertigen vermag, ein wirkliches Recht. Ja unter Umständen wird die hier in Rede stehende vermeintliche Rechtswohlthat dem dritten Besitzer des Pfandes zum offenbaren Nachtheile gereichen. Kann nämlich der Pfandgläubiger, wie dies meistens zu geschehen pflegt, die zur Anstellung der Pfandklage gegen den dritten Besitzer erforderliche gänzliche Insolvenz des Pfandschuldners nur durch eine vorherige Ausklagung desselben rechtlich darthun, so fallen in der Regel die hierdurch entstandenen Kosten dem dritten

Besitzer des Pfandes zur Last, welcher vielleicht aus eigenem Antriebe, weil er sich von den Vermögensverhältnissen des Pfandschuldners gehörig unterrichten konnte, nie Kosten zur Anstellung gegen diesen aufgewendet hätte.

Nicht minder bietet die fragliche Novelle wegen ihrer Fassung vielfachen Stoff zum Tadel dar. Uns aber interessirt zunächst nur der, daß der Grund der in cap. 2. enthaltenen gesetzlichen Bestimmung durch kein Wort näher zu erkennen gegeben worden ist.

Ueber diesen Grund bestehen daher unter den Rechtslehrern verschiedene Ansichten. Einige [17]) schieben dem Kaiser Justinian die vorhin schon erörterte Absicht unter, er habe hierdurch die Vervielfältigung der Prozesse zu verhindern gesucht. Andere [18]) dagegen sprechen hier von einer Collision der Rechte des Pfandgläubigers und des dritten Besitzers des Pfandes, welche nach strengem Rechte zum Nachtheile des letzteren endigen würde. Aus Billigkeitsgründen habe daher der Gesetzgeber durch Ertheilung der Einrede der Vorausklage diesen letztern wenigstens einstweilen gegen die ihm drohenden Nachtheile zu schützen gesucht. Beide Gründe können vielleicht für sich allein oder mit andern verbunden den Gesetzgeber veranlaßt haben, das in Rede stehende den frühern Rechtszustand abändernde Gesetz zu erlassen, ohne jedoch deshalb als eigentliche rationes legis zu gelten, denn sie passen als solche nicht zu dem übrigen römischen Rechtssysteme, nach welchem, wie schon oft bemerkt Niemand durch ein Vertrag zwischen Dritten etwas an seinem wohlerworbenen Rechte einbüßen darf, wie dies offenbar der Fall bei dem Pfandgläubiger sein würde, welcher durch die ihn nichts angehende Veräußerung des Pfandes, von Seiten seines Verpfänders an

---

17) Faber de error. Pragmat. Dei V. errorio. Schlüter Dissert. de beneficio excuss. cap. I. §. 13.

18) Glück l. c. S. 367. und 368. Gesterding Abh. über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechtes.

einen dritten Besitzer verhindert werden soll, sogleich seine Hypothek anzugreifen.

Der von den genannten Rechtslehrern behaupteten Annahme steht auch ferner der Satz entgegen, dessen Richtigkeit ich sogleich nachzeigen werde, daß wegen einer vor der Veräußerung zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger getroffenen Verabredung der dritte Besitzer des Pfandes von den ihm in Nov. 4. cap. 2. eingeräumten Vortheilen keinen Gebrauch machen kann. Die angeführten Gründe passen eben so sehr auf diesen Fall, als auf den, wo keine solche Verabredung zwischen dem Pfandgläubiger und Pfandschuldner Statt gefunden hat, beweisen demnach zu viel, mithin gar nichts.

Um die fragliche gesetzliche Bestimmung nur einiger Maßen mit dem sonstigen allgemeinen Rechtssysteme in Einklang zu bringen, bleibt nichts anderes übrig, als anzunehmen, Justinian habe die seitherige absolute Natur des Pfandrechts dahin zu modificiren beabsichtigt, daß dem Pfandgläubiger in dem Falle, in welchem ein Anderer als der Pfandschuldner das Pfand besitze, nicht mehr die freie Wahl der Klage gegen den Hauptschuldner oder den dritten Besitzer des Pfandes zustehen, sondern er vorerst den Hauptschuldner und sodann den Bürgen ausklagen solle. Ist demnach nach neuerem Rechte durch den ursprünglichen Pfandvertrag [19]) der Pfandgläubiger nur nach vorheriger Ausklagung des Hauptschuldners und des etwaigen Bürgen zur Anstellung der Hypothekarklage gegen den dritten Besitzer der Hypothek berechtigt, oder ist, mit anderen Worten zu sagen, die Wirksamkeit des von ihm bedungenen Pfandrechtes schon bei seiner Erwerbung für einen künftigen Fall modificirt, so giebt zwar die in der Folge von dem Verpfänder vorgenommene Veräußerung die Veranlassung zum Eintritte dieser Modification sei-

19) Daß dasselbe auch bei den dem vertragsmäßigen Pfandrechte nachgebildeten testamentarischen, gesetzlichen prätorischen und richterlichen Pfandrechte gilt, versteht sich von selbst.

nes Pfandrechtes, allein der Grund derselben beruht lediglich darauf, daß ihm von Anfang an kein besseres Pfandrecht bewilligt worden war. Es kann auch recht gut sein, daß Justinian durch die in Rede stehende Verordnung die Lage des Pfandschuldners verbessern wollte. Dieser, dem in der Regel die Veräußerung der Hypothek erlaubt war, konnte nämlich in der That solche leichter an den Mann bringen, wenn der künftige Besitzer vor der Gefahr gesichert blieb, vor dem vielleicht völlig zahlungsfähigen Hauptschuldner oder Bürgen zuerst auf Herausgabe des Pfandes belangt zu werden. Wenn man, wie dieß meiner Ansicht nach den Rechten entspricht, die Einrede der Vorausklage auch dem dritten Besitzer gestattet, welcher vor der Erwerbung des Besitzes schon Kenntniß von der früheren Verpfändung hatte, so erachte ich sogar den von dem Pfandschuldner entnommenen Billigkeitsgrund in Vergleich zu demjenigen, welcher dem dritten Besitzer zu Seiten steht, für den überwiegenden[20]. Gerade der von mir angegebene Grund des Gesetzes scheint hauptsächlich der Bejahung der Frage entgegen zu stehen, daß in einer früheren Verabredung zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder der Grund liegen könne, weßhalb derjenige, welcher erst später den Besitz der verhypothecirten Sache erlangt hat, von der ihm gestatteten Einrede der Vorausklage keinen Gebrauch machen dürfe. Ein jeder Vertrag

20) Eine nicht unwichtige Modification würde die von mir vertheidigte Ansicht alsdann erlangen, wenn man blos den Besitzern der Hypothek, welche ihren Besitz mittelbar oder unmittelbar aus einem Vertrage mit dem Verpfänder ableiten, die Einrede der Vorausklage gestattete, wie dies nach der deutschen Uebersetzung des Corpus iuris bezüglich der nov. 4. cap. 2. der Fall zu sein scheint. Ich habe indessen die Quelle nicht ausfindig machen können, welche dieser Uebersetzung zu Grunde liegt. Die Krigelische und Beckische Ausgaben, welche in den Vorreden zum ersten und fünften Bande erwähnt werden, enthalten einen andern Text, und können bei der Uebersetzung um so weniger benutzt worden sein, als zur Zeit der Uebersetzung der Theil dieser Ausgaben, welcher die Novellen enthält, noch nicht erschienen war.

nämlich bindet nur die Contrahenten und ihre Rechtsnachfolger. Soll aber hierdurch auch ein s. g. dingliches gegen jeden dritten geltend zu machendes Recht entstehen, so wird hierzu eine weitere besondere Ermächtigung des Gesetzes erfordert. Bei dem Pfandvertrage im Allgemeinen liegt freilich diese Ermächtigung vor. Modificiren indessen die Gesetze dieß dingliche Pfandrecht, das Produkt des Pfandvertrages, so kann in Ermangelung einer weiteren Ermächtigung von Seiten des Gesetzgebers dieses so modificirte Pfandrecht nicht mit derselben Wirkung gegen Dritte vertragsmäßig weiter ausgedehnt werden. Aus folgender Ausführung scheint mir aber hervorzugehen, daß die römischen Gesetze die erwähnte Ermächtigung wirklich enthalten. —

Nach meiner Ausführung ad II. 6. war es nach älteren Rechtsgrundsätzen der freien Willkühr des Pfandgläubigers überlassen, ob er den Hauptschuldner oder den dritten Besitzer eines Pfandes zuerst angreifen wolle. Keinem Anstande konnte es aber unterliegen, daß der Verpfänder bei Abschluß des Pfandvertrags oder nachher eine andere Reihenfolge der Ausklagung, also auch die in der cit. Nov. 4. cap. 2. verordnete, sich vom Pfandgläubiger bedingen konnte, wodurch dieser ein beschränkteres Pfandrecht erhielt, welches denn auch natürlich dem dritten Besitzer des Pfandes aus dem Grunde zu Statten kam, weil er das Pfand mit der minderen Last erworben hatte. Wegen der dinglichen Natur des Pfandrechtes kann man freilich hieraus noch nicht die Folgerung ziehen, daß umgekehrt auch der Pfandgläubiger sich größere Rechte an dem Pfande, jetzt z. B. nach geschehener Modification des Pfandrechtes durch Nov. 4. cap. 2., die des älteren Pfandrechtes, von dem Pfandschuldner mit der Wirkung bedingen könne, daß hierdurch auch andere mit dem Pfandgläubiger nicht contrahirt habenden Besitzer des Pfandes gebunden wären. Hierzu wird vielmehr noch die Autorisation eines ausdrücklichen Gesetzes erfordert, und auch alsdann kann das Pfandrecht nur innerhalb der Schranken, welche das Gesetz bezeichnet, mit voller

Wirksamkeit gegen Dritte durch einen bloßen Vertrag erweitert werden.

Nach meiner Bemerkung ad II. 4. ertheilt nun das gewöhnliche Pfandrecht dem Pfandgläubiger nicht die Befugniß, die von dem Verpfänder an einen Dritten geschehene Veräußerung des Pfandes anzufechten. Ist aber bei der Verpfändung ausbedungen worden, daß der Verpfänder nicht das Pfand veräußern dürfe, so ist die dennoch vorgenommene Veräußerung nach der Bestimmung des fr. 7. §. 2. D. de distr. pign. (20. 5.), wenigstens in Beziehung auf den Pfandgläubiger nichtig, und der Dritte, welcher den Besitz eines solchen Pfandes durch die Veräußerung erlangt hat, kann alsdann unter andern dem Pfandgläubiger die Einrede der Vorausklage nicht entgegensetzen. Keine Novelle, namentlich auch nicht die hier in Rede stehende Nov. 4. enthält eine Aufhebung dieser gesetzlichen Bestimmung, und kann demnach auch jetzt noch gegen die Gültigkeit einer Verabredung zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner, vermöge welcher der letztere das Pfand nicht verkaufen darf, und zwar mit voller Wirksamkeit gegen Dritte kein Anstand erhoben werden; so muß dasselbe auch von dem noch viel weniger enthaltenden Vertrage zwischen dem Pfandgläubiger und Pfandschuldner gelten, vermöge welcher letzterer sich anheischig macht, daß es, wie es nach älterem Rechte gebräuchlich war, in der freien Willkühr des Gläubigers liegen sollte, den dritten Pfandbesitzer vor ihm oder den Bürgen auszuklagen.

Hieraus ergiebt sich der nicht unwichtige Grundsatz der Cautelarjurisprudenz, daß jeder Pfandgläubiger durch den zuletzt erwähnten Vertrag, oder den, wodurch dem Pfandschuldner die Veräußerung des Pfandes untersagt wird, von den vielen Plakereien sich befreien kann, welche ihm aus der Bestimmung der Nov. 4. cap. 2. für den Fall drohen, daß der Pfandschuldner das Pfand veräußert.

Wenn ferner die Nov. 4. cap. 2. bei der Verordnung der Vorausklage des Bürgen vor dem dritten Besitzer des

Pfandes dem Pfandgläubiger nicht verbietet, vor Ausklagung des dritten Pfandbesitzers den Bürgen ganz oder theilweise von der übernommenen Bürgschaft zu befreien, so darf man hieraus den Schluß nicht ziehen, daß der Pfandgläubiger, ohne sich dem dritten Besitzer des Pfandes verantwortlich zu machen, in dieser Beziehung eben so nach seiner Willkühr verfügen könne, als dieß vor Erlassung der Nov. 4. der Fall war. Da das Gesetz, wie früher schon gerügt wurde, über seinen Grund keine Andeutung giebt, so wäre es freilich um so mehr angemessen gewesen, wenn das Gesetz diese Frage ausdrücklich entschieden hätte, als dasselbe, was ich zugestehen muß, bloß die Bürgschaften vor Augen hat, aus welchen sofort eine wirksame Klage entspringt, wozu aber die aufgehobenen Bürgschaften wahrlich nicht zu rechnen sind. Da indessen hierin dem dritten Pfandbesitzer das **Recht** gegen den Pfandgläubiger ertheilt wird, von ihm zu verlangen, zuvor den Bürgen auszuklagen, so ist hierdurch auch eine diesem Rechte entsprechende **wirkliche** Verbindlichkeit des Pfandgläubigers verordnet worden. Diese würde aber in der That nicht bestehen, wenn man den Pfandgläubiger, ohne ihn gegen den dritten Pfandbesitzer verantwortlich zu machen, das Recht einräumen wollte, nach seiner Willkühr den Bürgen vor Anstellung der Klage gegen den dritten Besitzer des Pfandes von der übernommenen Bürgschaft gänzlich oder theilweise, z. B. daß er nur wegen des geringen Erlöses des Pfandes haftbar sei, zu befreien.

Ergiebt sich sonach der nicht ausdrücklich ausgesprochene Grundsatz, daß der Pfandgläubiger, ohne sich gegen den dritten Besitzer verantwortlich zu machen, einen Bürgen von der übernommenen Bürgschaft nicht befreien darf, aus dem Geiste des Gesetzes, so resultirt hieraus allein, auch in Verbindung mit dem weitern Umstande, daß das Gesetz nur von Bürgschaften, ohne einen Unterschied zwischen denselben zu machen, redet, noch nicht die weitere Folge, daß bei **allen** Bürgschaften das Recht des dritten Besitzers des Pfandes auf Vorausklage des Bürgen und die diesem Recht correspondirende

Verbindlichkeit des Pfandgläubigers begründet sei. Lassen sich nämlich, wie ich sogleich nachzeigen werde, aus dem Grunde des Gesetzes oder aus sonstigen allgemeinen durch dieses Gesetz nicht aufgehobenen rechtlichen Grundsätzen Modificationen in dieser Hinsicht ableiten, so stehen die nur ganz allgemein lautenden Worte der Nov. 4. cap. 2. der Annahme dieser Modificationen nicht im Wege. Um so weniger darf dieses der Fall sein, als eines Theils das cit. cap. 2. in Beziehung auf die Einführung des Rechtes der Vorausklage nur als ein correctorisches Gesetz zu betrachten ist, andern Theils aber der Zweck desselben, wie aus den Worten „praedictam „a nobis rationem et ordinem in reliquis quoque personis „et casibus lege constituentes“ hervorgeht, lediglich darin besteht, die Reihenfolge der Ausklagung zu bestimmen, und deßhalb gerade durch sein Stillschweigen über die nähere Bestimmung des hierdurch dem dritten Pfandbesitzer bewilligten Rechtes und der diesem correspondirenden Verbindlichkeit der Richter an den Geist der Gesetze verweiset.

Nach meinen früheren Erörterungen über den Grund des erwähnten Gesetzes muß nun angenommen werden, daß in den Fällen, in welchen zur Sicherheit einer Forderung ein gewöhnlicher Bürgschaftsvertrag und ein gewöhnlicher Pfandvertrag, von welchen beiden hier immer nur allein die Rede ist, abgeschlossen wurden, das Pfandrecht die Modification erhält, daß es nur nach vorheriger vergeblicher Ausklagung des Bürgen gegen den driten Pfandbesitzer geltend gemacht werden kann, und daß dieser durch die Erwerbung des Besitzes des Pfandes die für diesen Fall zwischen dem Pfandschuldner und dem Pfandgläubiger bedungene theilweise Freiheit des sonst absoluten Pfandrechtes mit erwirbt. Existirt aber eine Bürgschaft, zu deren Bestellung der Pfandschuldner gar nicht mitgewirkt hat, so kann hierdurch das von ihm bestellte Pfandrecht nach der schon öfters erwähnten Regel, daß Verträge nur die Contrahenten binden, gar keine Modification erleiden, und deßhalb auch den dritten Besitzer

des Pfandes durch die Erwerbung dessen Besitzes nicht zu Theil werden.

Ganz gleichgültig erscheint es hierbei, ob der hier erwähnte Bürgschaftsvertrag vor oder nach der Zeit der von dem Dritten geschehenen Erwerbung des Pfandes geschehen ist. In keinem Falle steht ihm hier die Einrede der Vorausklage zu.

Aus gleichem Grunde muß dasselbe von den Bürgschaften gelten, welche nach der Zeit der Erwerbung des Besitzes von Seiten des Dritten, wenn auch gleich unter Concurrenz des Pfandschuldners, zu Stande gekommen sind.

Dagegen erscheint es ganz gleichgültig, ob der Pfand- und Bürgschaftsvertrag unter Concurrenz des Pfandschuldners oder gleichzeitig oder successiv vor Erwerbung des Besitzes des Pfandes von Seiten des Dritten zu Stande gekommen ist. In beiden Fällen erwirbt dieser aus der Bürgschaft ein Recht. Ist nämlich letztere dem Pfandvertrage vorausgegangen, so versteht sich bei dem zuletzt abgeschlossenem Vertrage die Modification von selbst. Hat die Bürgschaft aber erst später stattgefunden, so bewirkt sie diese Modification des Pfandrechtes. Hierbei versteht es sich jedoch von selbst, daß, jedoch nur so lange, als das Pfand noch nicht in den Besitz eines Dritten gelangt ist, dem Pfandgläubiger und Pfandschuldner die freie Disposition über das bestellte Pfand zusteht, also auch die Befugniß früher verabredete Modificationen des Pfandrechts fallen zu lassen. Befreien daher beide den Bürgen von der übernommenen Verbindlichkeit, so ist hierdurch die Modification des Pfandrechtes aufgehoben, daß dasselbe gegen den dritten Besitzer erst nach erfolgter Vorausklage des Bürgen geltend gemacht zu werden vermag. Die Zustimmung des Pfandschuldners hierzu wird aber aus dem Grunde erfordert, weil nur unter Voraussetzung derselben von der Aufhebung der früher verabredeten Modification des Pfandrechtes die Rede sein kann.

Fasse ich nunmehr das Resultat meiner letzten Erörterung zusammen, so ergiebt sich hieraus, daß dem dritten Besitzer

des Pfandes nur in den freilich die Regel bildenden Fällen die Einrede der Vorausklage in Beziehung auf den Bürgen zusteht, in welchen der unter Concurrenz des Pfandgläubigers und Pfandschuldners zu Stande gekommene Bürgschaftsvertrag vor der Zeit abgeschlossen wurde, als er den Besitz des Pfandes erwarb und auch nicht der Bürge früher von den genannten beiden Personen von der übernommenen Verbindlichkeit befreit worden ist.

Von andern für dieselbe Forderung bestellten Pfändern schweigt indessen das cap. 2. der Nov. 4. Als correctorisches Gesetz ist dasselbe daher um so weniger hierauf anzuwenden, als eines Theils es wohl nicht ohne Grund den Pfandgläubiger bloß anweiset, zuvor die persönlichen Klagen gegen den Hauptschuldner und Bürgen anzustellen, andern Theils aber hier wenigstens nicht dieselben Gründe vorliegen. Diese übrigen Pfänder befinden sich nämlich entweder noch in dem Besitze des Pfandgläubigers, als solchen, oder des Pfandschuldners, oder endlich dritter Personen. In dem letzten Falle stehen offenbar diese dritte Personen in demselben Verhältnisse zu dem Pfandgläubiger wie der angegriffene dritte Besitzer des Pfandes, und eine gänzliche Verweisung des Pfandgläubigers an diese kann daher nicht Platz greifen. Wenn aber der Gesetzgeber es bei dieser Gelegenheit unterließ, den Pfandgläubiger wenigstens pro rata des Werthes der Pfänder an die andern dritten Besitzer der für dieselbe Forderung bestellten Pfänder zu verweisen, so könnte dieß vielleicht noch als eine Bestätigung meiner früher geäußerten Ansicht über das Verhältniß mehrerer dritten Besitzer über dieselbe Forderung bestellten Pfänder gelten.

Besitzen dagegen die zuerst genannten Personen die Pfänder noch, so werden auch bei bloß erhobenen persönlichen Klagen gegen den Hauptschuldner dieselben zu Objekten der Execution genommen, und nur in dem Falle könnte eine, wegen Stillschweigens des Gesetzes gar nicht zu beachtende Aehnlichkeit mit der Bürgschaft angenommen werden, wenn

der Pfandgläubiger zu Gunsten eines andern Pfandgläubigers auf ein ihm bestelltes anderes Pfandrecht verzichtet hätte, und aus diesem Grunde vom Pfandschuldner nicht seine volle Befriedigung erlangen könnte.

Nur die in der Rubrik angeführte zweite Frage enthält aber weder die cit. Novelle, noch irgend eine andere Abänderung des früher bestandenen Rechts, und es hat mithin hierbei lediglich bei dem alten Rechte sein Bewenden. Wollte man sich vielleicht in dieser Hinsicht auf Novelle 99. berufen, in welcher mehreren correis die Einrede der Theilung gestattet ist, so habe ich schon ad. II. 8. ausgeführt, daß in dieser Beziehung ein analoger Schluß von verschiedenen correis debendi auf verschiedene Besitzer von Pfändern ganz unstatthaft erscheint. Außerdem hat v. Schröder[21]) mit vollgültigen Gründen nachgewiesen, daß die Bestimmung der Novelle 99. sich bloß auf die durch Vertrag entstandene Correalobligation bezieht, folglich um so weniger auf verschiedene Besitzer mehrerer wegen derselben Forderung verpfändeten Sachen, welche in gar keinen Vertragsverhältnissen zu einander stehen, angewendet werden darf.

IX.

Ueber den Beweis-Interlocut.

Von

Herrn Dr. T. **Brackenhoeft** Privatdocenten in Heidelberg.

§. 1. Nach der Ansicht, welche als die in der neuern Zeit vorherrschende angesehen werden darf, ist das Beweis-Interlocut ein richterlicher Ausspruch welcher diejenigen Bedingungen, welche eine Parthei zu erfüllen hat um für ein bereits begründetes Prozeßmittel (Rechtverfolgungs- und

---

21) Zeitschr. f. C. und P. Bd. VI. S. 439. und 440.